Der Grundsatz ne bis in idem
und § 380 der Strafprozeßordnung.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

bei der Juristischen Fakultät der Universität Breslau

vorgelegt von

Gerhard Hayn.

Ostrowo
Th. Hoffmann's Erben.
1909.

Gedruckt mit Genehmigung der Juristischen Fakultät der Universität Breslau.

Referent: Professor Dr. Gretener.
Korreferent: Professor Dr. Leonhard.

Meinen lieben Eltern

Inhalts-Verzeichnis.

Literatur-Verzeichnis.

Bennecke Hans, Lehrbuch des deutschen Reichsstrafprozeßrechts, Breslau 1900.

Beling Ernst, Strafprozeßrecht in der Encyklopädie der Rechtswissenschaft von Holtzendorff. Leipzig-Berlin 1904.

Berner Max, Der Grundsatz des ne bis in idem im Strafprozeß. Leipzig 1891.

Binding Karl, Grundriß des deutschen Strafrechts. Leipzig 1904.

Derselbe, Handbuch des Strafrechts. Leipzig 1895.

Derselbe, Normen, Bd. 1, 2. Auflage. 1890.

Entscheidungen des Reichsgerichts und der Oberlandesgerichte.

Glaser Julius, Handbuch des Strafprozesses, 3 Bände. Leipzig 1883, 1885, 1909.

Geyer August, Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafprozeßrechts. Leipzig 1880.

Hahn, Die gesamten Materialien zur Strafprozeßordnung und dem Einführungsgesetz zu derselben vom 1. Februar 1877. Berlin 1880.

v. Holtzendorff Franz, Handbuch des dentschen Strafprozeßrechts, 2 Bände, Berlin 1879.

John Ed., Strafprozeßordnung für das deutsche Reich nebst Einführungsgesetzen, 3 Bände. Erlangen 1884–1889.

v. Kries August, Lehrbuch des deutschen Strafprozeßrechtes. Straßburg 1892.

Löwe-Hellwig, Die Strafprozeßordnung für das deutsche Reich nebst dem Gerichtsverfassungsgesetz und den das Verfahren betreffenden Bestimmungen der übrigen Reichsgesetze mit Kommentar. Berlin 1907.

Planck Julius Wilhelm, Systematische Darstellung des deutschen Strafverfahrens auf Grundlage der neueren Strafprozeßordnungen seit 1848. Göttingen 1857.

Puchelt, Die Strafprozeßordnung für das deutsche Reich unter Benutzung der Materialien usw. erläutert. Leipzig 1889.

Schmidt Karl, Der § 380 der deutschen Strafprozeßordnung. Mannheim 1885.

Stenglein M., Lehrbuch des deutschen Strafprozeßrechts. Stuttgart 1887.

Derselbe, Die Strafprozeßordnung für das deutsche Reich vom 1. Februar 1877 nebst dem Gerichtsverfassungsgesetz usw. Nördlingen 1889.

Ullmann Emanuel, Lehrbuch des deutschen Strafprozeßrechts. München 1893.

Zachariä Heinrich, Handbuch des deutschen Strafprozesses. Göttingen 1861, 1868.

Zeitschriften:

Archiv für Strafrecht von Goltdammer.

Deutsche Juristenzeitung.

Der Gerichtssaal.

Grünhuts Zeitschrift für Privat- und öffentliches Recht der Gegenwart.

Juristische Wochenschrift.

Juristische Zeitschrift für das Reichsland Elsaß-Lothringen.

Das Recht.

Strafrechts-Zeitung.

I.

Der Grundsatz ne bis in idem gehört, was seine innere Natur anbetrifft, in der Wissenschaft zu den viel umstrittenen. Ein Teil der Juristen hält ihn für eine materielle Rechtsnorm, ein anderer für eine formelle. Wieder andere sagen, daß er zugleich materielle und formelle Momente in sich enthalte.

Nun ist aber dieser Grundsatz ein in der Praxis außerordentlich oft erscheinender und ist deshalb schon von großer Wichtigkeit. Entscheidungen werden oft gerade entgegengesetzt ausfallen, wenn Richter darüber zu bestimmen haben, welche über die innere Natur des Grundsatzes verschiedener Meinung sind. So ist es in Bezug auf den § 380 der deutschen Strafprozeßordnung und den Grundsatz ne bis in idem zu den verschiedenartigsten Entscheidungen der verschiedenen Oberlandesgerichte gekommen, es haben sogar die einzelnen Oberlandesgerichte, wie auch das Reichsgericht, zu verschiedenen Zeiten verschieden über diesen Grundsatz geurteilt. Es wäre deshalb vom wissenschaftlichen sowohl wie vom praktischen Standpunkte aus von Interesse und Nutzen, eine Einigung darüber zu erzielen, ob der Grundsatz ne bis in idem zu den in § 380 der deutschen Strafprozeßordnung ausgedrückten Rechtsnormen gehört oder nicht.

Durch Beantwortung einer Reihe von Vorfragen wird man am leichtesten zu einem Resultat kommen.

Da es am vorteilhaftesten erscheint, vom Allgemeinen auszugehen und von hier aufs Besondere zu kommen, ergibt sich als erste die Frage? Was sind überhaupt Rechtsnormen?

Hierauf wären die Rechtsnormen ihrem Inhalte nach einzuteilen und zu zerlegen, weil nur ein Teil der Rechtsnormen bei unserer Untersuchung von Interesse ist.

Haben wir dann die Rechtsnormen eingeteilt, so fragt es sich weiter: Unter welche Art von Rechtsnormen ist der Grundsatz ne bis in idem unterzubringen?

Wie man aber den Grundsatz erwähnt, ist vorerst zu beantworten: Was bedeutet dieser Grundsatz? Weil wir ihn nirgends in der Strafprozeßordnung ausdrücklich ausgesprochen vorfinden, so ergibt sich wieder eine Frage: Ist der besagte Grundsatz denn überhaupt in unserer Strafprozeßordnung enthalten.

Erst nachdem diese Fragen erledigt sind, werden wir zu unserer eigentlichen Untersuchung schreiten können.

Wir beginnen — wie eingangs erwähnt — mit dem Begriffe „Rechtsnormen".

II. A.

1.

Der § 7 des Einführungsgesetzes zur geltenden Strafprozeßordnung lautet: „Gesetz im Sinne der Strafprozeßordnung und dieses Gesetzes ist jede Rechtsnorm", und in § 376 Abs. 2 St.-P.-O. heißt es: „Das Gesetz wird verletzt, wenn eine Rechtsnorm nicht oder nicht richtig angewendet ist."

Daraus ist der Schluß zu ziehen, daß alle Rechtsnormen, mögen sie dem Strafrecht, Staatsrecht, Zivilrecht, Gewohnheitsrecht oder sonst einem Rechte angehören, mögen sie einen materiellen oder prozessualen Inhalt haben, zusammen das Gesetz im Sinne der Strafprozeßordnung und deren Einführungsgesetz bilden. Machen aber alle diese Rechtsnormen zusammen das Gesetz aus, so ist naturgemäß jede einzelne gleichfalls bindend, also auch Gesetz, man mag sie zerlegen soweit man will, und man mag sie aus jedem beliebigen Rechtsgebiete hervorholen, sie wird stets für die Sätze der Strafprozeßordnung bindend sein. Die Motive lassen sich über diesen Punkt folgendermaßen aus:*) „Der Ausdruck „Rechtsnormen" wird hier im weitesten Sinne verstanden. Er umfaßt nicht bloß die ausdrücklichen Bestimmungen der Gesetze, sondern auch alle Grundsätze, welche sich aus dem Sinne und Zusammenhange der gesetzlichen Vorschriften ergeben." Es gehörten also ebenso das Gewohnheitsrecht, wie auch die gehörig verkündeten Staatsverträge zu den Rechtsnormen. Weiter werden hierher die allgemeinen Verordnungen, welche von den zuständigen Organen

---

*) E. Hahn, Die gesamten Materialien zur Strafprozeßordnung und dem Einführungsgesetz zu derselben vom 1. Februar 1877. Berlin 1880. §§ 300, 301 (jetzt §§ 386, 377) S. 251.

der Staatsgewalt erlassen sind, gerechnet werden müssen, wenn sie nur mit Gesetzeskraft erlassen wurden. Es ist dabei einerlei, ob die Gesetzeskraft den Verordnungen auf Grund allgemeiner, staatsrechtlicher Befugnisse oder einer besonderen Ermächtigung eines darauf hinzielenden Gesetzes anhaftet.

Zu den Rechtsnormen gehören aber nicht polizeiliche Anordnungen, da diese nur für einen konkreten Fall gegeben werden, ferner nicht Anweisungen vorgesetzter Behörden an die untergeordneten und solcher, welche den inneren Dienst der Beamten regeln.

Rechtsnorm ist also alles geltende Recht und die mit Gesetzeskraft erlassenen Verordnungen.

2.

Es lassen sich diese Rechtsnormen — und zwar nach § 384 Absatz 2 der Strafprozeßordnung — folgendermaßen einteilen:

1. „in Rechtsnormen über das Verfahren“ und
2. in „andere“ Rechtsnormen.

Die Rechtsnormen über das Verfahren sind die formellen, die prozessualen Rechtssätze, also diejenigen, „welche sich auf die Prozeßsubjekte (Partei- und Prozeßfähigkeit, Tauglichkeit des Richters usw.), auf den Gegenstand des Verfahrens, Form und Wirkung der Prozeßhandlungen, Entstehung und Endigung des Prozeßverhältnisses beziehen.“ *)

Was den Inhalt der anderen Rechtsnormen bildet, und welcherlei Rechtsnormen dies sind, sagt das Gesetz mit ausdrücklichen Worten nirgends. Wenn man aber aus dem Inbegriffe aller Rechtsnormen diejenigen über das Verfahren ausscheidet, so bleiben nur die des materiellen Rechts übrig. **) Und zwar

---

*) Dr. August v. Kries, Lehrb. d. deutsch. Strafprozeßrechts 1892, S. 8.

**) Daß man unter den „anderen“ Rechtsnormen wirklich auch die materiellen verstehen soll, ist aus den Motiven zu § 305 (jetzt § 384) der

gehören hierher nicht etwa nur die Sätze des materiellen Strafrechts, sondern auch die des Zivilrechts, Staatsrechts usw. Es bleibt also auch im Strafprozeß bei der gewöhnlichen Einteilung.

1. formelle oder prozessuale Rechtsnormen und
2. materielle Rechtsnormen.

In diesen beiden Arten sind alle Rechtsnormen enthalten, wenngleich es zunächst scheint, als ob es noch andere Arten von Rechtsnormen gäbe, welche weder ganz unter die formellen, noch ganz unter die materiellen Sätze fallen. Indes bilden diese keine selbständige Klasse.

Es ist nämlich äußerst schwer, wenn nicht unmöglich, eine strenge Grenze zwischen formellen und materiellen Rechtssätzen zu ziehen, insbesondere kann die Natur des Rechtssatzes keineswegs mit Sicherheit aus dem Gesetzbuch, in dem er sich befindet, entnommen werden. Enthält doch selbst das Strafgesetzbuch eine größere Anzahl Vorschriften über das Verfahren wie die §§ 11 und 12, welche verbieten, daß ein „Mitglied eines Landtages oder einer Kammer eines zum Reiche gehörigen Staates außerhalb der Versammlung wegen seiner Abstimmung oder wegen der in Ausübung seines Berufes getanen Äußerung zur Verantwortung gezogen werden darf," und welche ferner besagen, „daß wahrheitsgetreue Berichte über die Verhandlungen dieser Häuser strafrechtlich

---

Strafprozeßordnung zu entnehmen. In dem Kommissionsberichte bei Vorlegung einer Strafprozeßordnung vom 29. Oktober 1874 ist ausgedrückt, daß die Begründung der Revision ergeben muß, „ob die behauptete Gesetzesverletzung in der Entscheidung selbst, oder in dem ihr zu Grunde liegenden Verfahren gefunden werde." Die Gegenüberstellung von Mängeln in der Entscheidung selbst und Mängeln im Verfahren ist zwar nicht ganz scharf, weil auch ein Mangel des Verfahrens in der Entscheidung selbst liegen kann. Aus dem ganzen Gange der Kommissionsverhandlungen geht aber hervor, daß man den Normen über das Verfahren die materiellen Rechtsnormen gegenüberstellen wollte und nur die Ausdrücke „Mängel des Verfahrens" und „Mängel in der Entscheidung selbst" nicht ganz geschickt als Gegenüberstellung gewählt hatte.

Siehe auch: Lamm in Annalen des Kgl. Sächsischen Oberlandesgerichts zu Dresden, Band II S. 11.

nicht verfolgbar sind.“ Auch die §§ 61 bis 65 StGB., welche Vorschriften über den Strafantrag geben, enthalten nach der Meinung vieler formelles Recht, andere wieder halten sie für materiell oder meinen, daß der Strafantrag sowohl formellen, als auch materiellen Charakter habe. Ebenso verhält es sich mit den §§ 67 ff, welche die Verjährung und zugleich Strafaufhebung betreffen. Damit sind aber die formellen Vorschriften des Strafgesetzbuches noch nicht erschöpft.*)

Umgekehrt finden sich in der Strafprozeßordnung wiederum materiell rechtliche Vorschriften, z. B. ist in Theorie und Praxis anerkannt, daß die §§ 497 bis 595, welche das Kostenwesen regeln, materiellrechtlicher Natur sind. Auf diesem Standpunkte steht u. a. das Oberlandesgericht zu Darmstadt, das in einem Beschlusse vom 16. Dezember 1886 sagt: „Da die Beschlußfassung darüber, wer die Kosten eines Strafverfahrens zu tragen hat, materiellrechtlicher Natur ist, ... “.

Manche Paragraphen enthalten wieder materielles und prozessuales Recht zusammen. Um ein Beispiel herauszugreifen, lautet der § 55 StGB. Abs. 1

„Wer bei Begehung der Handlung das 12. Lebensjahr nicht vollendet hat, kann wegen derselben nicht strafrechtlich verfolgt werden.**)

Materiellrechtlich ist die Bestimmung, weil sie die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Personen unter 12 Jahren ausschließt, prozeßrechtlich, weil sie diese Personen für prozeßunfähig erklärt.

Aus dem Gesetzbuche, in dem sich die betreffende Rechtsnorm befindet, kann also auf ihren rechtlichen Inhalt keineswegs geschlossen werden.

---

*) Eine Übersicht über alle diese Paragraphen gibt Francke in Goltdammers Archiv für Strafrecht, Bd. XX, S. 22 ff, auch Binding, Normen Bd. I, 2. Aufl. S. 27 f weist darauf hin, daß die prozeßrechtliche Norm oft Einkleidung einer matriellen Satzung ist.

**) Siehe v. Kries a a O. S. 9.

Aber auch, wenn man den Inhalt der Rechtsnorm selbst und ihren rechtlichen Charakter kritisch untersucht, können sich leicht Zweifel ergeben. Manche Normen wird man sogar weder hier noch dort ganz unterbringen können. Das liegt daran, daß es eben keine feste Grenze zwischen prozessualen und materiellen Rechtsnormen gibt. Die Grenze schwankt hin und her. Das eine Recht geht oft in das andere über und eines enthält oft das andere. Es ist ein ganzes Gebiet von Normen, welches zwischen den streng prozessualen und streng materiellen Rechtsnormen liegt, und dabei ein Gebiet, welches rechtlich keine Selbständigkeit besitzt, sondern stets von der einen Seite in das materielle Recht, von der anderen in das prozessuale hineinreicht. Mit anderen Worten, es gibt Rechtsnormen, welche einen gemischtrechtlichen Charakter haben.

Damit ist aber dem Einwande, daß es also doch gemischtrechtliche Normen als dritte Art gäbe, noch nicht Beachtung gegeben.

Schon der Ausdruck „gemischtrechtlich" beweist, daß diese Normen irgendwie zusammengesetzt sind. Aus welchen Normen sollen sie aber zusammengesetzt sein? Es gibt nur die materiellen und prozessualen, also können die gemischtrechtlichen Normen nur diese beiden Arten von Recht enthalten, nicht aber durch ihre Zusammensetzung einen vom Wesen ihrer Teile, d. i. der beiden anerkannten Arten von Normen, abweichenden und eigen gestalteten Charakter erlangen. Es ist ja auch nicht in den gemischtrechtlichen Normen das prozessuale und materielle Recht so verquickt, daß eine Scheidung ausgeschlossen wäre; es läßt sich vielmehr in diesen Normen entweder das materielle oder das formelle Recht stets so ausscheiden, daß dann nur das entgegengesetzte Recht übrig bleibt. Die gemischtrechtlichen Normen sind also tatsächlich nur ein Zusammentreffen von materiellem und prozessualem Recht in einem Rechtssatze.

Aus dem Gesagten folgt, daß die Behauptung, der § 384 Abs. 2 könne unter „anderen" Rechtsnormen nur die des materiellen

Rechts' verstehen, seine Richtigkeit hat. Denn wenn die gemischt-rechtlichen Normen als eine neue Klasse gezählt würden, käme man nach dem § 384 Abs. 2 St.-P.-O. zu folgender Einteilung der Rechtsnormen:

Rechtsnormen über das Verfahren und „andere" Rechts-normen.

Unter den „anderen" Rechtsnormen wären jetzt zu verstehen
materiellrechtliche Normen,
gemischtrechtliche Normen.

Bei dieser Einteilung ergibt sich sofort ein Zwiespalt, denn man kann weder Rechtsnormen über das Verfahren und gemischt-rechtliche Normen als Gegensätze gegenüberstellen, noch kann man materiellrechtliche und gemischtrechtliche Normen als sich gegen-seitig ausschließend nebeneinander setzen.

Die Einteilung muß demnach falsch sein, ist überhaupt keine eigentliche Einteilung, weil das, was in einem Hauptteil steht, von einer Unterabteilung eines anderen Hauptteiles mit umfaßt wird. Das kann das Gesetz unmöglich wollen, es kann also die gemischtrechtlichen nicht unter die „anderen" Rechtsnormen zählen.

Es blieben demnach nur noch die materiellen Rechtsnormen übrig, was mit anderen Worten nichts anderes heißt als: die „anderen" Rechtsnormen des § 384 Abs. 2 St.-P.-O. sind allein die materiellrechtlichen. Es bliebe also bei der Einteilung:

1. formelle Rechtsnormen und
2. materielle Rechtsnormen.

Da aber die Strafprozeßordnung materielles und formelles Recht verschieden behandelt, so ergibt sich die Frage: Was ge-schieht, wenn formelles und materielles Recht in einem Rechtssatze zusammentreffen, also in den Fällen der sogenannten gemischt-rechtlichen" Normen? In solch einem Falle ist der Satz seiner rechtlichen Natur nach zu zerlegen. Jeder der beiden Teile, von denen der eine naturgemäß formell, der andere materiell sein muß, wird dann behandelt, als stände er nicht zusammengesetzt, sondern isoliert da.

Das Gesagte ist im allgemeinen sowohl in der Theorie als auch in der Praxis anerkannt.

Einer anderen Meinung ist jedoch Karl Schmidt in seinen Abhandlungen „Der § 380 der deutschen Strafprozeßordnung" und „Zur Lehre von der Zulässigkeit der Rechtsmittel".

Er hält nämlich die Doppelnatur eines Rechtssatzes für unmöglich. Daß es einzelne Paragraphen gibt, welche prozessuale und materielle Vorschriften enthalten, gibt er zu. Auch die Entscheidungen der Gerichte können seiner Ansicht nach Verstöße in sich enthalten, welche gleichzeitig eine Rechtsnorm über das Verfahren und eine materielle Rechtsnorm verletzen, es kann sogar bei einer einzelnen Prozeßhandlung ein solcher Verstoß möglich sein. Daß aber ein einzelner Rechtssatz zugleich prozessuales und materielles Recht enthalten könne, widerspreche dem Gesetze.

Schmidt kommt auf folgende Weise zu diesem Schluß: Er geht ebenfalls vom § 384 Abs. 2 St.-P.-O. aus und zerlegt die Rechtsnormen nach diesem ebenfalls

in formelle und
in materielle.

Weiter meint er aber daß das Gesetz selbst die beiden Arten in § 380 St.-P.-O. in Verbindung mit § 398 Abs. 2 St.-P.-O. scharf von einander geschieden habe und daß es eine Vermischung dieser Rechtsnormen nicht zulasse.

§ 380 sagt nämlich: „Gegen die in der Berufungsinstanz erlassenen Urteile der Landgerichte kann die Revision wegen Verletzung einer Rechtsnorm über das Verfahren nur auf Verletzung der Vorschrift des § 398 gestützt werden." Und § 398 Abs. 2, auf den sich Schmidt stützt, behandelt ein Verbot der reformatio in peius. Der § 380 nennt also das Verbot der reformatio in peius eine Rechtsnorm über das Verfahren. Das Verbot ist aber rechtlich nicht rein prozessual, sondern sein Inhalt ist auch materiell. Wenn nämlich einmal ein Urteil über eine Straftat gefällt ist, so darf, wenn die Revision gegen das Urteil von dem Angeklagten, von der Staatsanwaltschaft zu Gunsten des Angeklagten,

von dessem gesetzlichem Vertreter oder dem Ehemann einer angeklagten Frau eingelegt ist, eine härtere Strafe nicht mehr verhängt werden. Das heißt, mit dem Urteile tritt zu Gunsten des Angeklagten eine relative Rechtskraft ein, die für den Angeklagten*) „ein wohl erworbenes und unentziehbares materielles Recht begründet." Der Richter kann jetzt nicht mehr über das frühere Strafmaß hinaus. Wie ihm im materiellen Strafrecht die Strafgrenzen gesetzt sind, so ist ihm auch hier durch das frühere Urteil eine Strafgrenze bestimmt. Sätze über das Strafmaß und dessen Umfang sind aber materiellrechtlicher Natur, folglich ist auch das Verbot der reformatio in peius, soweit es sich allein auf das Strafmaß bezieht, materiellrechtlich. Soweit man die Anwendung des Verbotes aus der Prozeßlage bestimmt, wird sein rechtlicher Inhalt freilich auch prozeßrechtlich sein. Jedenfalls enthält aber das Verbot der reformatio in peius auch materielles Recht und demzufolge auch der § 398 Abs. 2, der ja dieses Verbot in sich enthält.

Wir haben also hier den eigentümlichen Fall, daß die Strafprozeßordnung in § 380 einen Rechtssatz, der auch materielles Recht enthält, zu den Rechtsnormen über das Verfahren rechnet.

Daß der § 398 Abs. 2 seiner rechtlichen Natur nach wirklich auch materiell ist, bestreitet Schmidt nicht. Er hält sich aber bei seiner Beweisführung ganz eng an den Buchstaben des Gesetzes und sagt, da § 380 den § 398 für prozessual erklärt, so ist er auch prozessual,*) und weiter wird von ihm diese Anschauung auf

---

*) Entsch. d. Reichsgerichts i. Strafsachen Bd. V S. 582.

*) Dieselbe Meinung vertritt das Oberlandesgericht zu Hamm in einer neueren Entscheidung. (Deutsche Juristenzeitung, Jahrg. 13, 1908, S. 371.) Es ist dort die Frage aufgeworfen: „Ist das Verbot der reformatio in peius materieller oder prozessualer Natur?" Das Gericht geht wie Schmidt von dem Buchstaben des Gesetzes aus und sagt, „das Verbot der reformatio in peius würde ausdrücklich in § 380 als eine das Verfahren betreffende Norm bezeichnet." Wie aber der Berichterstatter Staatsanwalt Feisenberger auf die eigentliche Natur der Norm eingeht, kommt auch er nicht an dem Worte „materielles Recht" vorbei. Und er muß zugeben, „daß der

ähnliche prozessuale Rechtsnormen übertragen, bei denen ebenfalls ein materieller Inhalt ebensowenig fortzuleugnen ist, wie bei dem Verbote der reformatio in peius. Wie soll aber der Zwiespalt, welcher in der rechtlichen Natur dieser Sätze und dem Buchstaben des Gesetzes liegt, ausgeglichen werden? Es muß ein Ausweg gefunden werden, wie diese Sätze unter den Begriff der prozessualen Rechtsnormen gebracht werden können, und dieser Ausweg liegt in dem Worte: Materielle Prozeßnormen. Der Ausdruck ist — genau genommen — sich selbst widersprechend. Wie kann denn eine Prozeßnorm materiell sein? Aber auf diese Weise ist doch, wie Schmidt annimmt, eine Möglichkeit geschaffen, die Kluft zu überbrücken, die zwischen der ausdrücklichen Bestimmung des § 380 und dem wirklich juristischen Inhalte des § 398 liegt. Der Paragraph enthält nach den Buchstaben des Gesetzes tatsächlich Prozeßrecht — Rechtsnormen über das Verfahren — wenn diese Rechtsnormen im Grunde genommen auch materiell sind.

Demnach würde sich nach Schmidt folgende Einteilung der Rechtssätze ergeben:

1. Prozeßrecht im weiteren Sinne,
   a) Prozeßrecht im engeren Sinne oder formelles Prozeßrecht,
   b) Materielles Prozeßrecht;
2. Materielles Recht.

Unter formellem Prozeßrecht versteht Schmidt nur die Formvorschriften, während sich das materielle Prozeßrecht seiner Meinung nach auf die richterliche Entscheidung und deren Wirkung bezieht.

Berufungsrichter durch den § 372 in der Anwendung materiellen Rechtes, nämlich in der Auswahl der Strafe innerhalb des gesetzlichen Strafrahmens, beschränkt wird.“ Daß sich diese Grenze nicht aus dem materiellen Rechte, sondern aus der Prozeßlage bestimmt, ist eine andere Sache, und insoweit enthält das Verbot der reformatio in peius natürlich formelles Recht. Es genügt, hier zu zeigen, daß die Entscheidung des Oberlandesgerichtes, wenn auch nicht mit ausdrücklichen Worten, so doch anerkennt, daß das Verbot auch materielles Recht enthält, trotzdem aber den ganzen Grundsatz deshalb unter die Rechtsnormen über das Verfahren rechnet, weil § 380 es ausdrücklich so will.

Meines Erachtens nach ist auch eine solche Einteilung nicht wohl haltbar, weil das materielle Prozeßrecht nun einmal tatsächlich auch materielles Recht enthält und sich deshalb dem Prozeßrecht nicht subsumieren läßt. Wenn man es tut, so kann es nur gewaltsam geschehen, weil das materielle Prozeßrecht über das hinausgeht, was man gewöhnlich Prozeßrecht zu nennen pflegt.

Ist dies aber der Fall und enthält das materielle Prozeßrecht auch ein materielles Recht, so käme man auch hier wieder auf das hinaus, was gemischtrechtliche Vorschriften sind, und so ist es auch in Wirklichkeit.

Materielles Prozeßrecht ist nichts anderes, als ein Zusammentreffen materieller und prozessualer Rechtssätze in einer Norm.*)

M. E. nach liegt schon in dem Worte selbst ein Zugeständnis nach dieser Richtung hin, ein Zugeständnis, das aber deshalb nicht direkt abgegeben wird, weil das Gesetz in § 384 Abs. 2 nur von Rechtsnormen über das Verfahren und den „anderen", also den materiellrechtlichen Vorschriften spricht. Vorhanden sind jedenfalls Rechtsnormen mit doppeltem Inhalt und ob man diese

---

Von Interesse sind die Ausführungen Glasers über materielles Prozeßrecht. (Glaser, Handbuch des Strafprozesses, I. Bd. S. 279.) Er hält dieses auch für ein Recht, das zwischen formellem und prozessualem Rechte stehend, beide Arten von Recht in sich faßt. Er weist seine Meinung folgendermaßen nach: „Das erstere (materielle Strafrecht) stellt abstrakt die Bedingungen fest, welche erfüllt sein müssen, wenn eine bestimmte strafrechtliche Regel in einem brstimmten Falle anwendbar sein soll, das letztere die Art und Weise, wie die Tatsache, daß sie erfüllt sind, rechtsgiltig zur Gewißheit erhoben wird. Dabei darf aber nicht übersehen werden, daß diese rechtsgiltig hergestellte Gewißheit selbst eine rechtliche Bedingung der Anwendung des Strafgesetzes ist, daß die hierüber aufgestellten Rechtsnormen befolgt werden müssen und daß namentlich die Unmöglichkeit, ihnen zu entsprechen, ein rechtliches Hindernis der Anwendung des Strafgesetzes, trotz der Verwirklichung aller Forderungen des letzteren, bildet. So zeigt sich, daß es ein zwischen Prozeßrecht und materiellem Recht in der Mitte liegendes Gebiet gibt, wobei aber schärferes Eingehen dartut, daß es seiner inneren Natur nach materielles Recht ist, welches nur durch prozessuale Voraussetzungen und Wechselfälle bedingt ist: m a t e r i e l l e s P r o z e ß r e c h t.

Normen nun gemischtrechtliche Normen oder materielles Prozeßrecht nennt, oder ob man dabei von materiell-prozessualen Voraussetzungen der Anwendbarkeit einer Rechtsnorm spricht, ist m. E. einerlei. Es kommt hier nur darauf an, daß es Rechtsnormen gibt, welche sich ihrem ganzen Inhalte nach weder vollkommen unter das prozessuale, noch vollkommen unter das materielle Recht unterbringen lassen.

Beispiele solcher Normen gibt es eine größere Anzahl. Doch ist gleich vorwegzunehmen, daß der gemischtrechtliche Inhalt jeder dieser Rechtsnormen bestritten ist, und daß man sie einmal hierhin und dann wieder dorthin gerechnet hat.

Hierher gehören die schon erwähnten Bestimmungen über die Verjährung das Antragserfordernis, über die Aboliten und Amnestie, über die reformatio in peius und über den Grundsatz ne bis in idem.

Auf den Charakter und Inhalt der erstgenannten Bestimmungen näher einzugehen, gehört nicht hierher. Es ist hier nur von Interesse, den Grundsatz ne bis in idem zu untersuchen und zu prüfen, ob in ihm sowohl materielles, als auch prozessuales Recht enthalten ist.

3. a.

Der Inhalt des Grundsatzes besagt ein doppeltes und zwar, daß, wenn einmal über eine Tat ein rechtskräftiges Urteil ergangen ist, über dieselbe Tat desselben Täters kein neuer Prozeß stattfinden darf und ferner, daß, wenn einmal über eine Tat ein Prozeß anhängig gemacht worden ist, nicht über dieselbe Tat desselben Täters gleichzeitig ein zweiter Prozeß anhängig gemacht werden darf.

b.

In der geltenden deutschen Strafprozeßordnung ist der Grundsatz ne bis in idem nirgends mit bestimmten, ausdrücklichen Worten ausgesprochen. Trotzdem ist er aber darin enthalten und zwar auch in seinem doppelten Inhalte, nämlich

als Verbrauch des Strafanspruches durch rechtskräftiges Urteil und
als Verbrauch der Strafklage durch Klageerhebung.

Schon die Motive zu einem Entwurfe der Strafprozeßordnung lassen erkennen, daß man den Grundsatz in die Strafprozeßordnung hineinarbeiten wollte (Motive § 223, § 337). In § 223 (jetzt § 263) wird als unzulässig bezeichnet, „daß ein und dieselbe Tat, ein und derselbe Vorgang wiederholt zum Gegenstande einer Anklage gegen dieselbe Person gemacht werde."

Anhaltspunkte für die Richtigkeit der Behauptung, daß der Grundsatz ne bis in idem für unser Recht wirklich noch gilt, sind an verschiedenen Stellen des Gesetzes zu finden.

So läßt sich der Verbrauch der Strafklage durch Klageerhebung aus den Vorschriften des § 12 St.-P.-O. über die Konkurrenz der Gerichtsstände entnehmen. Sind nämlich zur Erhebung einer Strafklage mehrere Gerichte zuständig und die Klage ist auch an mehreren dieser Gerichte erhoben worden, so wird die Entscheidung entweder von dem Gerichte gefällt, welches die Untersuchung zuerst eröffnet hat, oder Untersuchung und Entscheidung wird von dem gemeinschaftlichen oberen Gerichte einem anderen der zuständigen Gerichte übertragen. Damit ist unmöglich gemacht, daß über dieselbe Tat desselben Täters zwei Prozesse anhängig gemacht werden. Es wäre hier die exceptio rei in iudicium deductae gegeben. Auch gerade darin, daß die Zulassung der „Wiederaufnahme eines durch rechtskräftiges Urteil geschlossenen Verfahrens" sich als Ausnahmebestimmung von der Regel darstellt, ist ein weiterer Anhaltspunkt für die Geltung des ne bis in idem gegeben. Diese Wiederaufnahme des Verfahrens ist nur in ganz vereinzelten Fällen gestattet, die das Gesetz selbst genau normiert hat, und zwar gibt es zu Gunsten des Verurteilten fünf (§ 399 St.-P.-O.) zu Ungunsten des Angeklagten vier Gründe zur Wiederaufnahme (§ 402 St.-P.-O.). Ist die Wiederaufnahme des Verfahrens eine Ausnahme, und zwar eine Ausnahme, die unbedingt gemacht werden muß, weil das vorhergehende Urteil ganz offen-

bar falsch sein muß, so kann die Regel nicht anders heißen, als: Die Wiederaufnahme eines durch rechtskräftiges Urteil geschlossenen Verfahrens findet nicht statt, oder — wenn man den Erfolg kennzeichnen will — ist einmal über eine Straftat ein Urteil gefällt worden, so kann über dieselbe Straftat desselben Täters kein zweites Urteil gefällt werden.

Ferner ist aus zwei Ausnahmebestimmungen des Gesetzes der Grundsatz ne bis in idem herauszulesen.

Das einemal in § 5 Abs. 1 St.-P.-O. Hier ist folgender Fall behandelt: Ein Deutscher hat im Auslande eine Handlung begangen, welche nach den Gesetzen des Tatortes als strafbar gilt und nach den Gesetzen des Deutschen Reiches als Verbrechen oder Vergehen angesehen wird. Dieser Deutsche soll in Deutschland nicht nochmals strafrechtlich verfolgt werden, wenn die Gerichte des Auslandes über seine Handlung ein rechtskräftiges Urteil gefällt haben, sei es, daß dieses auf Freisprechung lautete, oder daß nach einer Verurteilung die ausgesprochene Strafe vom Täter verbüßt ist.

Ausgesprochen ist hier der Grundsatz ne bis in idem allerdings nicht allgemein, sondern nur in Betreff der von einem Deutschen im Auslande begangenen und rechtskräftig abgeurteilten Straftat, und auch nur unter der weiteren Einschränkung, daß die Straftat auch am Tatort strafbar ist und bei uns als Verbrechen oder Vergehen gilt. Jedenfalls kommt aber der Grundsatz hier zum Ausdruck, ebenso wie im § 415 St.-P.-O., wo er für die Privatklage ausgesprochen ist.

Sind nämlich bei einer strafbaren Handlung mehrere Personen zur Erhebung der Privatklage ermächtigt und hat eine berechtigte Person die Privatklage erhoben, so ist durch diese Klageerhebung der Klageanspruch verbraucht. Die anderen Berechtigten können nicht nochmals Klage erheben, sondern es steht ihnen nur der Beitritt zu dem eingeleiteten Verfahren zu.

Ist in der Sache selbst aber bereits eine Entscheidung ergangen, so ist damit auch den Berechtigten gegenüber, welche keine Privatklage erhoben haben, der Strafanspruch aus der Straftat verbraucht.

Ähnlich wie die Berechtigten, welche erst nach Einleitung des Verfahrens ihren Beitritt erklärt haben, ist die Staatsanwaltschaft gestellt. Auch sie kann nämlich nach § 417 St.=P.=O. durch ausdrückliche Erklärung in den Prozeß eintreten und damit selbst die Verfolgung übernehmen. Sie darf es in jeder Lage des Verfahrens, aber nur bis zum Eintritt der Rechtskraft des Urteils, wobei die zur Privatklage Berechtigten sich nur als Nebenkläger anschließen können. Darin liegt enthalten, daß die Staatsanwaltschaft weder eine neue Strafklage erheben darf, noch nach Rechtskraft des Urteils einen Strafanspruch geltend machen kann. Also wieder eine Anerkennung des Grundsatzes ne bis in idem seinem doppelten Inhalte nach.

Weiter ließe sich in der analogen Anwendung des § 210 St.=P.=O. ein Anhaltspunkt für die Giltigkeit unseres Grundsatzes finden. Eine Klage kann nämlich nicht mehr aufgenommen werden, wenn die Eröffnung des Hauptverfahrens durch einen Beschluß abgelehnt ist, der nicht mehr angefochten werden kann. Nur eine Ausnahme macht hier das Gesetz, nämlich wenn neue Tatsachen oder Beweismittel beigebracht werden. Wie nun das Urteil in der Regel das Ergebnis der Hauptverhandlung bildet, so bildet die Entscheidung über die Eröffnung des Hauptverfahrens das Ergebnis der gerichtlichen Voruntersuchung. Eine Entscheidung über das Hauptverfahren wirkt also, entsprechend angewendet, wie ein Urteil. Da könnte man wohl auch den Grundsatz ne bis in idem, der nach § 210 für die Entscheidung über das Hauptverfahren Anwendung findet, entsprechend auf das Verfahren und das Urteil anwenden.

Ferner geht aus der Verbindung der §§ 153, 263 und 264 St.=P.=O. die Anerkennnung des Grundsatzes ne bis in idem in weitem Maße hervor. Ist eine Klage angestrengt worden, so darf sich die Untersuchung und Entscheidung einzig und allein*) „auf die in der Klage bezeichnete Tat und die durch die Klage beschuldigten Personen" erstrecken. Doch ist das Gericht nicht an

---

*) § 153 St.=P.=O.

diejenige Beurteilung der Tat gebunden, welche dem Beschlusse über die Eröffnung des Verfahrens zu Grunde liegt, es darf vielmehr den Angeklagten auch nach einem anderen Strafgesetze verurteilen als nach dem, welches in dem Beschlusse über die Eröffnung des Hauptverfahrens angeführt ist. Der Angeklagte muß nur auf die Veränderung des rechtlichen Gesichtspunktes hingewiesen werden und man muß ihm nach dieser Richtung hin Gelegenheit zur Verteidigung geben. Demnach sind nicht etwa nur geringe tatsächliche Abweichungen vom Eröffnungsbeschlusse zugelassen, sondern der Richter ist jetzt berechtigt und verpflichtet, die Straftat, welche den Gegenstand des Prozesses bildet, nach allen ihren rechtlichen Qualifikationen und tatsächlichen Modifikationen zu prüfen und zu würdigen.

Damit drückt die Strafprozeßordnung unverkennbar aus, daß es über dieselbe Tat desselben Täters stets nur eine einzige Verhandlung will. Es wären für das Vorhandensein des Grundsatzes noch § 259 St.-P.-O. anzuführen, demzufolge ein Urteil nie auf vorläufige Freisprechung oder auf Lossprechung von der Instanz lauten kann, sondern, von der Einstellung des Verfahrens abgesehen, stets nur auf Verurteilung oder Freisprechung; weiter die Wirkung des Strafbefehls § 450 (a. M. das Reichsgericht Entsch. Bd. IV, S. 243, Entsch. Bd. IX, S. 321) und der Umstand, daß eine einmal zurückgenommene Privatklage nicht nicht von neuem erhoben werden kann.*)

Es gibt also tatsächlich eine größere Menge von Prozeßvorschriften, in denen der Grundsatz ne bis in idem enthalten ist, und alle diese Vorschriften sprechen mit solch überzeugender Kraft für den Grundsatz, daß man ihn nicht etwa als Ausnahme,

*) Über den Grundsatz ne bis in idem siehe z. B. v. Kries a a O. S. 594; Ullmann, Lehrbuch des deutschen Strafprozeßrechts S. 627; Birkmeyer, Deutsches Strafprozeßrecht S. 681; Glaser in Grünhuts Zeitschrift Bd. XII, S. 303—344; Schanze in St.-R.-Z. Bd. IV, S. 437; T. Fitzer, G.-S. Bd. 40, S. 335; Zitzlaf, Goltdammers Arch. Bd. 42, S. 208, Reiffel, ebendaselbst Bd. 54, S. 129; Lewis in St.-R.-Z. Bd. 29, S. 366 ff.

sondern als Regel im Strafprozeß anerkennen muß. Das Reichsgericht hat ihn ebenfalls gleich in dem ersten Urteile,*) das sich mit ihm beschäftigt, für unser geltendes Recht anerkannt und das Vorhandensein des Grundsatzes an der Berechtigung und Pflicht des Strafrichters zur Klageänderung und Abweichung vom Eröffnungsbeschlusse, sowie an der Wiederaufnahme des Verfahrens zu Ungunsten des Angeklagten nachgewiesen.

Allerdings schränkt das Reichsgericht die Anwendbarkeit des Grundsatzes insoweit ein, als es ihn nur dort angewendet wissen will,**) „wo durch eine geordnete Mitwirkung der Staatsanwaltschaft und eine richterliche Kognition dafür Sorge getragen ist, daß die zur Anzeige gebrachte Tat nach allen Richtungen hin gewürdigt werde."***)

Das Vorhandensein des Grundsatzes ne bis in idem ist also sowohl theoretisch nachweisbar, als auch in der Praxis anerkannt.

c.

Es wird sich nunmehr um die Feststellung handeln, zu welcher Art der eingangs besprochenen Rechtsnormen der Grundsatz ne bis in idem gehört.

Um den Grundsatz seiner rechtlichen Natur nach zu zerlegen, wird es gut sein, wenn man wieder von seinem tatsächlichen doppelten Inhalte: Verbrauch der Strafklage durch Klageerhebung und Verbrauch des Strafanspruches durch rechtskräftiges Urteil ausgeht. In dem Verbrauch der Strafklage durch Klageerhebung liegt die formelle Natur des Grundsatzes. Wenn einmal über eine Straftat ein Prozeß anhängig gemacht ist, so kann gleichzeitig über dieselbe Tat desselben Täters ein zweiter Prozeß nicht anhängig gemacht werden, d.h. mit anderen Worten: Mit dem Augenblicke, in dem der Prozeß anhängig gemacht ist, ist jede weitere Strafverfolgung

*) E.=R.=G., Bd. II, S. 248 ff.

**) E.=R.=G. Bd. II, S. 213.

***) Eine geordnete Darstellung der Ansichten des Reichsgerichts über den Grundsatz gibt Eichhorn in seiner Abhandlung „non bis in idem und das Reichsgericht" und in „Der Gerichtssaal" Bd. 35, S. 401 ff.

ausgeschlossen. Die Strafverfolgung aber ist formellrechtlich, weil sie sich auf die Entstehung des Prozeßrechtsverhältnisses bezieht. Es wirkt somit der Grundsatz durch das Mittel der Strafverfolgung auf die Entstehung eines Prozeßrechtsverhältnisses insoweit, als er eine solche Entstehung überhaupt verhindert.

Insoweit also der Grundsatz den Verbrauch den Strafklage durch Klageerhebung ausdrückt und in sich hält, ist er formeller Natur.

Andererseits liegt in dem Verbrauche des Strafanspruches durch rechtskräftiges Urteil die materielle Natur des Grundsatzes.

Dies folgt aus nachstehendem Beispiele.

Es ist von jemandem eine strafbare Handlung begangen worden und in Bezug auf diese ist eine rechtskräftige Entscheidung, sei es Verurteilung, sei es Freisprechung, ergangen. Was ist die Folge davon?

Die Strafbarkeit einer solchen Handlung im allgemeinen bleibt natürlich trotz des Urteils bestehen, die Schuld des Täters kann damit natürlich tatsächlich nicht aus der Welt geschafft werden. Denn die einmal begangene Handlung ist für immer vorhanden und damit auch das Schuldhafte, das Verbrecherische der Handlung. Es kann höchstens die Schuld gesühnt, es können die Folgen der Straftat beseitigt werden. Anders aber als vom tatsächlichen ist es vom rechtlichen Standpunkte aus. Das Gesetz verlangt, daß jede Vermutung für das Vorhandensein einer unter das Strafgesetz fallenden Handlung durch ein Urteil erledigt werde. Ist das Urteil rechtskräftig geworden, so ist damit die Straftat für das Gesetz nicht mehr vorhanden. Lautet die Entscheidung auf Freisprechung, so war aus irgend einem Grunde für diesen konkreten Fall für das Gesetz eine Straftat überhaupt nicht da, lautete die Entscheidung auf Verurteilung, so ist mit ihrer Rechtskraft eine Straftat überhaupt nicht mehr vorhanden, da doch jetzt der Strafanspruch konsumiert ist, und nur der Strafanspruch ist es, der eine Tat rechtlich zu einer strafbaren macht.

Der Strafanspruch ist aber materiellrechtlicher Natur, ebenso wie alle Rechtssätze, welche sein Bestehen, seinen Umfang, seine Entstehung und seinen Untergang betreffen.

Da nun in dem Grundsatze ne bis in idem der Grund für den Untergang eines Strafanspruches zu finden ist, so ist dieser Grund demzufolge ebenfalls materiellrechtlicher Natur.

Aus dem Gesagten ergibt sich, daß der Grundsatz ne bis in idem sowohl formeller, als auch materieller Natur ist, folglich zu den gemischtrechtlichen Normen gehört.

Diese Doppelnatur des Grundsatzes ist auch in der Praxis sowohl vom Reichsgericht, als auch von den Oberlandesgerichten anerkannt.*)

Nur Schmidt, der ja überhaupt nicht anerkennt, daß es gemischtrechtliche Normen geben kann, bestreitet deshalb natürlich auch die gemischtrechtliche Natur des Grundsatzes ne bis in idem. Er hält ihn für eine Rechtsnorm über das Verfahren und sucht die Richtigkeit seiner Ansicht folgendermaßen nachzuweisen: Den Schwerpunkt legt er wieder auf § 380 und § 398 Abs. 2 St.=G.=B., in welchen das Verbot der reformatio in peius ausgesprochen ist. Der § 380 nennt hier die Vorschrift des Verbotes der reformatio in peius ausdrücklich eine Vorschrift über das Verfahren. Das Verbot bewirkt, da der Berufungsrichter über die früher verhängte Strafe nicht hinaus gehen darf, zu Gunsten des Angeklagten eine teilweise Rechtskraft. Die Bestimmungen über teilweise Rechtskraft sind aber Vorschriften über das Verfahren. Wenn die Bestimmungen mit teilweiser Rechtskraft vom Gesetze ausdrücklich Rechtsnormen über das Verfahren genannt werden, so müssen nach Schmidts Meinung auch die Bestimmungen über

---

*) Siehe E.=R.=G. Bd. 13 S. 146, Bd. 25 S. 29, Bd. 35 S. 369 ff. Bd. 50 S. 274. Entsch. d. O.=L.=G. zu Colmar in der Jur. Ztschr. f. d. Reichsland Elsaß=Lothringen Bd. 10 S. 65, Bd. 13 S. 174, Bd. 16 S. 420 ff. Sammlungen von Entsch. d. d. Kgl. O.=L.=G. zu München in Gegenständen des Strafrechts und Strafverfahren, Bd. 1 S. 492 f. Annalen des Königl. Sächsischen O.=L.=G. zu Dresden Bd. 2 S. 498, Bd. 5 S. 98.

die Wirkung anderer rechtskräftiger Entscheidungen zu den Vorschriften über das Verfahren gerechnet werden. Eine solche Bestimmung ist auch der Grundsatz ne bis in idem, folglich gehört auch er zu den Rechtsnormen über das Verfahren.

Aber von dieser ausdrücklichen Bestimmung des § 380 kann man nach der Meinung von Schmidt auch absehen und wird doch zu demselben Resultate kommen;*) „denn durch das Urteil werde die Strafbarkeit einer Handlung nicht aufgehoben, die Schuld erlösche nicht mit einer Verurteilung oder Freisprechung, sondern es werde dadurch nur die Strafklage verbraucht, sodaß, falls gleichwohl eine Strafverfolgung wegen der nämlichen Straftat stattfände, nicht auf Freisprechung des Angeklagten, sondern auf Unzulässigkeit der Strafverfolgung oder Einstellung des Verfahrens zu erkennen sei."

Die Ansicht Schmidts dürfte nicht zutreffend sein.

Zu seiner ersten Ausführung ist zu bemerken, daß der § 380 in Verbindung mit § 398 Abs. 2 allerdings eine Vorschrift über teilweise Rechtskraft eines Urteils zu den Rechtsnormen über das Verfahren zählt, nämlich das Verbot der reformatio in peius. Dieses Verbot ist aber seinem rechtlichen Inhalte nach auch materieller Natur, was Schmidt ja auch anerkennt. Die beiden Paragraphen, nämlich § 380 und § 398 Abs. 2, stehen also unbedingt in einem gewissen Widerspruch mit einander, denn auch der Gesetzgeber kann mit seinem Worte die Natur eines Rechtssatzes nicht ändern und eine materielle Vorschrift zu einer prozessualen machen. Er kann höchstens den Richter zwingen, eine materielle Vorschrift so zu behandeln, als wenn sie eine prozessuale wäre. So ist es auch in diesem Falle. Die Vorschrift des § 398 Abs. 2 bleibt rechtlich materieller Natur, trotzdem der § 380 sie eine Vorschrift über das Verfahren nennt. Wenn also auch im § 380 ein Fehler enthalten ist, in dem darin eine Vorschrift über teilweise Rechtskraft zu den Vorschriften über das

*) Zur Lehre v. d. Zulässigkeit der Rechtsmittel. Goltdammers Archiv Bd. 39 S. 268.

Verfahren gerechnet wird, weshalb sollte man da den Fehler noch größer machen und sagen, auch die Vorschriften über absolute Rechtskraft eines Urteils sind Vorschriften über das Verfahren, obwohl diese inhaltlich streng materiellrechtlich sind.

Schließlich wäre noch zu erwägen, daß ja § 380 schon eine Ausnahme bringt, und daß es nie sehr ratsam ist, auf Ausnahmen weiter zu bauen und aus ihnen weitere Schlußfolgerungen auf weiter abgelegene Fälle zu ziehen.

Was den zweiten Teil von Schmidts Ausführungen anbetrifft, so dürfte er m. E. dabei Ursache und Wirkung verwechselt haben.

Das rechtskräftige Urteil selbst ist es, welches rechtlich den Strafanspruch beseitigt, und erst eine Folge hiervon ist, daß auch die Strafverfolgung ausgeschlossen ist, denn naturgemäß muß der Untergang des Strafanspruches auch das Strafverfolgungsrecht beseitigen.*)

Schmidts Ansicht über den Grundsatz ne bis in idem dürfte demnach wohl nicht haltbar sein und es bliebe dabei, daß der Grundsatz gemischtrechtlicher Natur ist.

---

*) Glaser, Handb. d. Strafprozesses, Bd. 2 S. 55/6. Glaser äußert sich über die wechselseitige Wirkung von Strafverfolgung und Strafanspruch folgendermaßen: „Die Versagung des Rechtes auf Strafe kann leicht in die Form der Untersagung der Strafverfolgung gekleidet werden. Man glaubte mitunter bei der Abfassung von Strafgesetzbüchern der Unterscheidung keinen Wert beilegen zu sollen, mitunter hatte man besondere Gründe, ihr aus dem Wege zu gehen und ließ sich bei der Wahl des Ausdruckes für die Feststellung der Grundlagen strafrechtlicher Exceptionen mehr von äußerlichen Rücksichten als von dem scharf anerkannten Wesen der Sache, daß sich übrigens mitunter selbst der Sonderung widersetzt, leiten. Um so nachdrücklicher muß betont werden, daß die Frage nach dem Bestande des Strafverfolgungsrechtes (Bedingung seiner Entstehung, seines Fortbestandes, seines Unterganges) gleichwohl, ob es sich um eine Wirkung prozessualer Vorgänge handelt oder nicht, eine Frage des materiellen Prozeßrechtes ist.

B.

Die weitere Frage ist: In welcher Beziehung steht der Grundsatz ne bis in idem kraft seiner Doppelnatur zu dem § 380 der deutschen Strafprozeßordnung?

1.

Um die Frage zu entscheiden, muß vorerst genauer auf die Geschichte und den Inhalt dieses Paragraphen eingegangen werden.

Der § 299 des Entwurfes einer Strafprozeßordnung, der im Oktober 1874 dem deutschen Reichstage vorgelegt wurde, ließ gegen die Urteile der Schöffengerichte, Strafkammern und Schwurgerichte keine Berufung, sondern nur die Revision zu. Da man sich aber in der Reichstagskommission für die Zulassung der Berufung gegen Urteile der Schöffengerichte entschied, so stand man vor der Frage, ob gegen die Urteile der Berufungsgerichte noch eine Revision zulässig sein sollte. Am 29. Juni 1876 wurde daraufhin in der 158. Kommissionssitzung der Antrag gestellt, als § 300 a einzuschalten: *) „Gegen die in der Berufungsinstanz erlassenen Urteile der Landgerichte kann die Revision nicht darauf gestützt werden, daß das Urteil auf der Verletzung einer Rechtsnorm über das Verfahren, mit Ausnahme derjenigen des § 319, beruhe."

Abgeordneter Struckmann begründete diesen Antrag und führte aus,**) „daß die Revisionsgründe auf das Gebiet des materiellen Strafrechts zu beschränken seien." Doch sollte eine Ausnahme davon gemacht werden, nämlich für die Fälle des § 319. Hier hielt er eine Revision aus der Natur

*) Hahn, Die gesamten Materialien zur Strafprozeßordn. S. 1462 ff.
**) Hahn, aaO. S. 1464.

der Sache gerechtfertigt. Warum, ist nicht ganz ersichtlich. Für prozessuale Fragen wollte Struckmann die Revision deshalb nicht zugelassen wissen, weil seiner Meinung nach für das Interesse der Parteien dadurch schon genügend Sorge getragen wäre, daß sie bereits ein Rechtsmittel, die Berufung hätten, und weiter läge für formelle Angelegenheiten kein Bedürfnis zur Wahrung der Rechtseinheit vor.

Struckmann fand bei seinem Antrage viele Gegner. Man setzte ihm entgegen, daß es nicht möglich sei, Verletzungen des materiellen Rechts und des Verfahrens streng zu scheiden (Klotz, Lasker, v. Amsberg) und daß man dem Angeklagten auch für wesentliche Formverletzungen in zweiter Instanz ein Rechtsmittel geben müßte. Selbst v. Schwarze, der den Antrag mitgestellt hatte, hielt ihn vom wissenschaftlichen Standpunkte aus für widerspruchsvoll und zweifelte an der Lebensfähigkeit dieser Bestimmung.

Trotzdem wurde aber der Antrag angenommen.

Der Bundesrat machte in Bezug auf diesen Paragraphen keine Abänderungsvorschläge, und da auch kein Reichstagsmitglied einen Antrag zu dieser Bestimmung mehr stellte, so wurde sie bei der zweiten Lesung am 2. Dezember 1876 und ebenso bei der dritten am 21. Dezember 1876 ohne Debatte und ohne Widerspruch angenommen.

Der Paragraph, der inzwischen einmal den Platz 300 d erhalten hatte und dann den Platz 382, lautet jetzt als § 380: „Gegen die in der Berufsinstanz erlassenen Urteile der Landgerichte kann die Revision wegen Verletzung einer Rechtsnorm über das Verfahren nur auf Verletzung der Vorschrift des § 398 gestützt werden.“

An diesem Paragraphen muß, ganz abgesehen von dem Inhalte, schon die Fassung gerügt werden. Er spricht von der Vorschrift des § 398, obwohl in § 398 zwei Vorschriften gegeben sind, und zwar zwei von einander vollkommen verschiedene. Dann ist in ihm garnicht das zum Ausdruck gekommen, — und

m. E. glücklicherweise nicht zum Ausdruck gekommen — was Abgeordneter Struckmann mit ausdrücklichen Worten in der Kommissionssitzung sagte, nämlich, „daß die Revisionsgründe auf das materielle Strafrecht zu beschränken seien."

Im Sinne Struckmanns hat man die Vorschrift wirklich anfangs aufgefaßt, es sind auch zahlreiche Urteile nach dieser Richtung hin ergangen, z. B. Colmar am 29. Oktober 1880, Hamburg, 11. September 1880, Posen, 25. April 1883.*)

Diese Auffassung dürfte aber nicht richtig sein, denn der § 364 Abs. 2 stellt diesen die „anderen" Rechtsnormen gegenüber, und diese erschöpfen sich durchaus nicht in den Sätzen des materiellen Strafrechts, sondern umfassen auch Sätze des Zivilrechts, Staatsrechts usw., welche allerdings, was nicht übersehen werden darf, irgend welche Bedeutung für die Anwendung des Strafrechts gehabt haben müssen.

Mit anderen Worten: es sind in der Tat mehr Gründe für Revisionen zugelassen, als man allem Anschein nach — jedenfalls nach den Worten des Abgeordneten Struckmann — zulassen wollte.

2.

Was sagt nun der § 380? Gegen ein amtsrichterliches oder schöffengerichtliches Urteil ist Berufung beim Landgericht eingelegt worden. Wenn sich ein Beteiligter von diesem Berufungsurteile zu Unrecht beeinträchtigt glaubt, so kann er Revision gegen dieses Urteil stets dann einlegen, wenn einer von den „anderen" Rechtsnormen, mit anderen Worten eine materielle Rechtsnorm, verletzt ist. Ist aber eine Rechtsnorm über das Verfahren verletzt, so soll die Revision nur in folgenden beiden Fällen gegeben werden:

Ein Urteil der Berufungsinstanz ist angefochten, durch Revision aufgehoben und die Sache ist zur anderweiten Entscheidung in die Berufungsinstanz zurückverwiesen worden. Wenn der Be-

---

*) Siehe Schmidt: „Der § 380 deutschen Strafprozeßordnung" S. 20 21.

rufungsrichter nun der neuen Entscheidung nicht diejenige rechtliche Beurteilung zu Grunde legt, von welcher das Revisionsgericht bei Aufhebung des früheren Urteils ausgegangen ist, so ist eine der Rechtsnormen verletzt, welche der § 380 als solche „über das Verfahren" bezeichnet.

Bei dem zweiten Falle verletzt der Berufungsrichter dann eine Vorschrift des § 380, wenn er in dem neuen Urteile eine härtere Strafe ausspricht, als er sie in dem vorhergehenden Urteile ausgesprochen hatte. Doch gehört weiter dazu, daß das Urteil von dem Angeklagten selbst, zu Gunsten desselben von der Staatsanwaltschaft, vom gesetzlichen Vertreter oder dem Ehemanne der angeklagten Frau angefochten worden ist.

Also auch diese Vorschrift muß der Richter, weil das Gesetz es ausdrücklich so will, unter die Vorschriften über das Verfahren aufnehmen, und deshalb darf er der Revision nicht stattgeben, wenn das Verbot der reformatio in peius in der Berufungsinstanz verletzt ist, ohne daß die Sache vom Revisionsgericht an die Berufungsinstanz zurückverwiesen war. Dieser Fall ist im § 372 St.-P.-O. gegeben.

Weshalb gerade die beiden Fälle des § 398 herausgegriffen sind, ist durchaus nicht ersichtlich. Deshalb und seiner ganzen Unlogik wegen, auch noch aus anderen Gründen ist der Paragraph von den verschiedensten Seiten scharf angegriffen worden. So von Löwe,*) der in dem Paragraphen deshalb einen „der erheblichsten Mißgriffe, welche die Strafprozeßordnung aufweist", sieht, weil er gegen Urteile zweiter Instanz eine auf Mängel des Verfahrens gestützte Revision nicht zuläßt. Weiter hält Puchelt**) die Beschränkung der prozessualen Normen für beklagenswert; denn dadurch, daß man allein die Vorschriften des § 398 als Revisionsgrund gelten läßt, werden die gröbsten Fehler von der Revision ausgeschlossen. Selbst Verstöße gegen

*) Löwe-Hellwig, Kommentar zur Strafprozeßordnung 1907, zu § 380 Nr. 4.

**) Puchelt, Kommentar zur Strafprozeßordnung zu § 380 Nr. 3.

den § 377. Geyer*) spricht sich ferner auch gegen den § 380 aus, da er die Rechtseinheit deshalb untergräbt, weil jedes Landgericht als Berufungsinstanz „selbständig und verschiedenartig verfahren könne". Auch von Kries**) spricht sich recht abfällig gegen den § 380 aus, weil er nicht nur die Rechtseinheit gefährde, sondern auch seinetwegen „die gröbsten Verstöße gegen das Gesetz ohne Abhilfe blieben". Denn auch die Revision wegen Verletzung des materiellen Rechtes wäre beschränkt, „da der Nachweis derselben davon abhänge, daß das Gericht eine erschöpfende Begründung seiner Entscheidung gäbe. Je dürftiger die Gründe, desto unanfechtbarer das Urteil." Endlich hat auch Lamm (Annalen des Königl. Sächs. O.-L.-G zu Dresden Bd. V, S. 197), Bartolomäus (Deutsche Juristenztg., Jahrg. 12 S. 815) und andere mehr sich in abfälligem Urteile gegen den § 380 ausgesprochen.

Die Verfasser des neuen Entwurfes zur Strafprozeßordnung haben auch eingesehen, daß der § 380 wirklich zu Unrecht Aufnahme in die Strafprozeßordnung gefunden hat und haben ihn dahin abgeändert, daß sie alle in den Paragraphen enthaltenen Revisionsbeschränkungen fallen gelassen haben, so daß nach ihrem Vorschlage nicht nur gegen die materiellen, sondern auch gegen alle formellen Verstöße der Berufungsinstanz Revision eingelegt werden kann. Der Vorschlag heißt in seiner Fassung als § 331 Abs. 1: „Die Revision findet statt gegen die in der Berufungsinstanz erlassenen Urteile und gegen die Urteile der Schwurgerichte".

Der § 380 wäre also, wenn dieser Vorschlag vom Reichstag angenommen werden sollte, aus der Strafprozeßordnung gestrichen. Bis dahin aber heißt, was die Revision der in der Berufungsinstanz erlassenen Urteile anbelangt, die Regel: *Zulässig* ist die Revision wegen Verletzung *materieller* Rechtsnormen, *unzulässig* wegen Verletzung von *Rechtsnormen über das Verfahren*.

---

*) Geyer, Strafprozeßrecht S. 825.

**) v. Kries, aaO. S. 679.

3.

Wie steht es aber mit den gemischtrechtlichen Normen? Soll man bei ihnen die Revision gegen ein Berufungsurteil zulassen oder nicht?

Die Frage läßt sich nicht kurz mit „ja" oder „nein" beantworten. Es scheint, als ob man hier vor einem Falle stehe, welchen das Gesetz nicht vorgesehen hat. Denn läßt man die Revision zu, scheint man gegen das Gesetz zu verstoßen, weil die gemischtrechtlichen Sätze doch auch formellen Charakter haben, läßt man sie nicht zu, scheint man den materiellen Charakter in unzulässiger Weise zu vernachlässigen. Und man müßte auch wirklich in jedem Falle einen Fehler begehen, wenn die gemischtrechtlichen Sätze eine dritte Art von Rechtsnormen wären. Da sie aber nur eine Zusammensetzung der materiellen und formellen Normen sind, liegt die Lösung der Frage, ob bei Verletzung einer gemischtrechtlichen Norm die Revision zulässig ist oder nicht, in der Zerlegung der Norm in ihre rechtlichen Bestandteile. Ist jetzt nur der formelle Teil der gemischtrechtlichen Norm verletzt, so wird die Revision versagt werden müssen. Geht aber die Verletzung über den prozessualen Inhalt hinaus, so muß schon materielles Recht verletzt sein. Es ist damit also auch ein Revisionsgrund gegeben, da § 380 einzig und allein die Revision wegen Verletzung einer Rechtsnorm über das Verfahren verbietet. Man kann also in einem solchen Falle der gemischtrechtlichen Norm die Revision nicht versagen; man muß sie ihr sogar unbedingt gewähren, weil ja eben auch materielles Recht verletzt ist und der Richter gesetzwidrig handeln würde, wenn er eine materielle Norm des zugesprochenen Rechtsmittels berauben würde. Denn das Gesetz will, wie sich auch ganz offensichtlich aus der Geschichte des § 380 ergibt, eine Revision wegen Verstößen gegen materielles Recht haben. Das in der gemischtrechtlichen Norm verletzte formelle Recht kommt dabei durchaus nicht in Betracht, weil das Gesetz ihm keinen Schutz zugesprochen hat. Ist endlich in der gemischtrechtlichen Norm nur

der materielle Teil verletzt, so kann gar kein Zweifel darüber bestehen, daß in einem solchen Falle die Revision natürlich gegeben ist, denn hier kann der formelle Teil der gemischtrechtlichen Norm garnicht erst in Frage kommen.

Es wäre demnach die Revision gegen ein Berufungsurteil bei Verletzung einer gemischtrechtlichen Norm nur dann zu versagen, wenn einzig und allein der formelle Teil dieser Rechtsnorm verletzt wäre.

4.

Da nun der Grundsatz ne bis in idem ebenfalls gemischtrechtlicher Natur ist, also auch materielles Recht enthält, so wäre, wenn dieser Grundsatz verletzt ist, folgeweise auch die Revision gegen das in der Berufungsinstanz erlassene Urteil des betreffenden Landgerichts gegeben, jedoch auch wieder mit der einen Ausnahme, daß sich die Berufungsinstanz ausschließlich einen Verstoß gegen den formellen Teil des ne bis in idem hat zu Schulden kommen lassen.

Anderer Meinung ist wieder Schmidt,*) der ausdrücklich sagt: „Es könne nach § 380 St.-P.-O. die Revision gegen ein in der Berufungsinstanz erlassenes Urteil auf Verletzung des Satzes ne bis in idem nicht gestützt werden." Er muß ja auch auf dieses Resultat kommen, weil er den Grundsatz seinem inneren Wesen nach für formell hält und weiter der Meinung ist, daß auch das Gesetz ihn gemäß § 380 und § 398 Abs. 2 zu den Rechtsnormen über das Verfahren gerechnet wissen will.

Auch die juristische Zeitschrift**) für das Reichsland Elsaß-Lothringen spricht sich, gestützt auf ein Urteil des Oberlandesgerichts zu Colmar vom 12. Juli 1882 einmal im Sinne von Schmidt aus und versagt die Revision. Interessant ist es aber, daß der Strafsenat des Oberlandesgerichts zu Colmar, der noch vor kurzem den Grundsatz ne bis in idem für rein prozessual-

---

*) Schmidt, „Der § 380 der deutschen Strafprozeßordnung", S. 54.

**) Jurist. Zeitschr. f. d. Reichsland Elsaß-Lothringen, S. 63.

rechtlich*) gehalten hat, am 26. September 1884 bereits seine Meinung darüber ändert, den Grundsatz für gemischtrechtlich erklärt und nun bei seiner Verletzung die Revision gewährt.

Auf demselben Standpunkte, nämlich bei einer Verletzung des Grundsatzes ne bis in idem die Revision zuzulassen, stehen andere Oberlandesgerichte und das Reichsgericht.**)

Wenn man also auch in den ersten Jahren der Geltung unserer jetzigen Strafprozeßordnung schwankte, ob der Grundsatz ne bis in idem eine Revision gegen Berufungsurteile der Landgerichte zuließe, und diese Frage manchmal verneinte, so steht man jetzt doch in der Praxis auf dem Standpunkte, die Revision gegen Berufungsurteile der Landgerichte ist bei Verletzung des Grundsatzes ne bis in idem zulässig, was auch vom theoretischen Standpunkte aus begründet erscheint.

---

*) Ebendas. Bd. 10 S. 64.

**) Siehe z. B. Sammlung von Entscheidungen des O.-L.-G. München in Gegenständen des Strafrechts Bd. 1 S. 493. Annalen des Kgl. Sächs. O.-L.-G. zu Dresden Bd. 16 S. 289. E.-R.-G. Bd. 25, S. 29.

III.

Wenn wir nun zum Schluß auf die eingangs erwähnte Frage eingehen, ob nämlich der Grundsatz ne bis in idem zu den im § 380 der deutschen Strafprozeßordnung ausgedrückten Rechtsnorm über das Verfahren gehört, so könnten wir sie sowohl mit „ja" als auch mit „nein" beantworten.

Der § 380 erwähnt die Rechtsnorm über das Verfahren. Soweit nun der Grundsatz ne bis in idem Rechtsnormen über das Verfahren enthält, also in seiner Kraft durch Klageerhebung die Strafklage zu verbrauchen, **gehört** er zu den Rechtsnormen dieses Paragraphen.

Soweit er aber über diesen Inhalt hinausgeht, sich auf die Entscheidung selbst bezieht, den Verbrauch des Strafanspruches durch rechtskräftiges Urteil zum Gegenstande hat, wird er von § 380 **nicht** betroffen.

Das heißt in die Praxis übertragen:

Gegen ein in der Berufungsinstanz erlassenes Urteil der Landgerichte kann die Revision wegen Verletzung des Grundsatzes ne bis in idem nicht darauf gestützt werden, daß sich die Verletzung nur auf die **formelle** Seite dieses Grundsatzes bezieht. Bezieht sie sich aber auf die **materielle** oder auf die formelle **und** materielle Seite, so steht einer Revision gegen das Urteil der Berufungsinstanz nichts im Wege.

Lebenslauf.

Als Sohn des Buchhändlers Hermann Hayn und seiner Ehefrau Martha geb. Fischer bin ich, Gerhard Hayn, am 2. Juli 1884 in Ostrowo geboren, bin Protestant und Preuße. Von Ostern 1894 bis Ostern 1905 besuchte ich das Gymnasium zu Ostrowo, welches ich mit dem Zeugnis der Reife verließ. Von da an bis zum Sommersemester 1908 einschließlich studierte ich die Rechte in München, Berlin und Breslau, wo ich am 21. Dezember 1908 die erste juristische Staatsprüfung ablegte. Mit meiner Vereidigung am 18. Februar 1909 trat ich als Referendar in den Justizdienst und bin seitdem beim Amtsgericht in Koschmin beschäftigt.